

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vers des marchés publics « en ligne » ? L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics

De Roy, David

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2004, 'Vers des marchés publics « en ligne » ? L'arrêté royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6152, p. 753-758.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VERS DES MARCHÉS PUBLICS « EN LIGNE » ?

L'arrêt royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics

1. — Souhaitée ou redoutée, l'adaptation des marchés publics aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (N.T.I.C.) constitue l'un des défis majeurs que les praticiens de la commande publique devront relever au cours des prochaines années. Cette perspective est alimentée tant par l'évolution générale vers la formation électronique des contrats que par la vogue de l'*e-government* suggérant les opportunités d'amélioration des relations entre les pouvoirs publics et leurs interlocuteurs. En ce sens, l'intérêt suscité par la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics repose sur les enjeux économiques et fonctionnels associés à cette tendance (1).

2. — Cette évolution ne pouvait cependant être raisonnablement envisagée sans une modification de la législation relative à la commande publique (2). C'est notamment à cette fin qu'a été adopté, le 18 février 2004, un arrêt royal introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics (3).

3. — Tant par l'insertion de dispositions nouvelles, consacrées aux moyens électroniques, que par l'adaptation de dispositions « anciennes » aux particularités des procédures dématérialisées, cet arrêt royal ouvre aux moyens électroniques la gamme des supports d'informations et moyens de communication par lesquels pouvoirs adjudicateurs et entrepreneurs peuvent procéder aux échanges concourant à l'attribution et à l'exécution des marchés publics.

Loin de prétendre aborder, dans le cadre de cette brève contribution, tous les aspects juridiques de la dématérialisation des marchés publics (4), nous nous limiterons à décrire succinctement les principaux apports de l'arrêt royal du 18 février 2004, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004 et qui est applicable aux marchés dont la procédure de passation est annoncée à partir de cette date (5).



OBSERVATIONS PRÉALABLES

4. — En droit belge, la reconnaissance juridique de la signature électronique a été conçue principalement dans le cadre des mécanismes civilistes de la preuve; la modification de

l'article 1322 du Code civil représente, à cet égard, une étape décisive dans l'accueil de l'écrit électronique (6).

Ce constat inspire deux observations utiles à l'approche des aspects juridiques de la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics (7).

5. — Avant tout, on relèvera que le processus d'ouverture de la preuve littérale à l'écrit électronique est encore largement inachevé. Les réformes évoquées ci-dessus ne concernent que l'acte sous seing privé, tandis que le régime juridique de l'acte authentique électronique reste à définir (8). Les actes pris par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de procédures dématérialisées ne pourront donc — en l'état actuel — se voir reconnaître la force probante qui s'y attachait traditionnellement, à raison de leur qualité d'acte authentique (9).

6. — Par ailleurs, dans le droit des marchés publics, l'écrit n'est pas seulement exigé au titre de preuve; il conditionne parfois la validité d'actes concourant à la passation d'un marché (10). En ce sens, l'insertion — dans la loi ou les arrêtés royaux concernés — d'une simple référence aux règles du droit civil de la preuve eût sans doute occulté cette vocation spécifique assignée à l'écrit et à la signature. Pour

(1) Lapidaire, mais suggestive est la formule de Frédéric Olivier, pour qui « plus simple, plus vite, plus loin et moins cher, tels sont les enjeux de l'internet en général et de la dématérialisation de l'achat public en particulier » (citée par A. Domanico et G. Lame, « La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics », *L'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 13, juillet-août 2002, p. 41).

(2) Cf. ci-dessous, n° 6. Sur le droit belge des marchés publics, on se référera utilement aux contributions et ouvrages suivants : D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001; C. De Koninck, *Overheidsopdrachten - Klassieke sectoren*, Anvers, Maklu, 2001-2002; D. D'Hooghe, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2^e éd., Bruges, Die Keure, 1997; M.-A. Flamme, Ph. Mathé, Ph. Flamme, A. Delvaux et Cl. Dardenne, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996; P. Thiel, *Mémento des marchés publics*, 3^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003.

(3) Arrêt royal du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès à certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et services (*M.B.*, 27 févr. 2004). On relèvera que cet arrêt vise également à modifier certaines dispositions des arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996, relatives au régime des incompatibilités et à la vérification des prix anormalement bas. Sur les modifications introduites par cet arrêt royal, cf. P. Blondiau et S. Bollen, « Mouvements sur les marchés publics », *Mouv. comm.*, 2004, pp. 156-160.

(4) Ainsi, n'aborderons-nous pas la contribution à la dématérialisation des marchés publics des récentes directives européennes : directive 2004/17/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; directive 2004/18/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (publiées au *J.O.U.E.*, L 134, 30 avril 2004). Sur ces directives, cf. M.-A. Flamme et Cl. Dardenne, *Les marchés publics - Récents développements aux niveaux européen et belge - L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2004 (à paraître). A noter que les directives 2004/17/C.E. et 2004/18/C.E. visent notamment le recours à des systèmes de passation de marchés spécialement basés sur les moyens électroniques; tel est notamment le cas des « enchères électroniques » (cf. à ce propos, J.-Fr. Henrotte, « Les systèmes d'acquisition dynamique et les enchères électroniques au travers des directives européennes du 31 mars 2004 visant à la dématérialisation des procédures d'attribution de certains marchés publics », *Entr. et dr.*, 2004, pp. 111-130).

(5) Arrêt royal du 18 février 2004, art. 35.

(6) D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128.

(7) Sur l'apport des mécanismes civilistes au droit des marchés publics dans un environnement dématérialisé, cf. H. Jacquemin, « Le formalisme des marchés publics à l'épreuve des technologies de l'information et de la communication : l'apport du droit civil », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 159-182.

(8) Certes, le principe de l'acte authentique électronique est-il désormais admis, depuis la récente modification de l'article 1317 du Code civil (par l'article 28 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003); ses modalités d'établissement et de conservation doivent toutefois encore être précisées par arrêt royal délibéré en conseil des ministres; notre droit de la preuve ne connaît donc pas encore, dans la pratique, l'acte authentique électronique.

(9) Sur le caractère authentique de certains actes pris dans le cadre de procédures liées aux marchés publics, cf. M. Pâques, « Acte administratif et acte authentique », *A.P.T.*, 1996, pp. 90 et s., spéc. pp. 91 et 103. L'auteur souligne cependant que la qualification d'acte authentique peut prêter à discussion lorsque les actes sont bilatéraux, ce qui est le cas des contrats de l'administration (*ibid.*, n° 18, p. 103).

(10) L'exemple le plus significatif en est probablement l'exigence de signature de l'offre, visée aux articles 89 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996 et 77 de l'arrêt royal du 10 janvier 1996.

cette raison, une modification plus substantielle de la législation relative aux marchés publics s'avérerait indispensable.



7. — L'ouverture des marchés publics aux N.T.I.C. est principalement assurée par l'insertion de dispositions nouvelles, définissant les conditions d'utilisation des moyens électroniques. Tel est précisément l'objet d'un titre *IIIbis* inséré dans les arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 (11) et auquel correspondent respectivement les articles *81bis-quinquies* et *66bis-quinquies* nouveaux; dans l'arrêté royal du 18 juin 1996 (12), les articles *19bis-19quinquies* nouveaux forment un nouveau chapitre *IIIbis*. Enfin, l'introduction des moyens électroniques dans les procédures liées à l'exécution des marchés est assurée par l'insertion des articles *3bis-3quater* dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (13).

8. — Le principal effet de ces modifications apportées aux arrêtés royaux d'exécution de la loi du 24 décembre 1993 (14) est, en quelque sorte, d'assurer, dans le droit des marchés publics, l'équivalence entre moyens de communications traditionnels et électroniques. Cette équivalence constitue de toute évidence la garantie d'une liberté de choix pour les entrepreneurs, laquelle contribue à assurer leur égalité devant la commande publique (15); cette équivalence permettra également une transition plus aisée vers les procédures dématérialisées pour ceux des pouvoirs adjudicateurs qui seraient moins préparés à une évolution rapide en ce sens.

La portée et les limites de cette équivalence doivent toutefois être précisées.

(11) Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics; arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(12) Arrêté royal du 18 janvier 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(13) Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

(14) Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(15) On ne pourrait raisonnablement soutenir qu'est assurée l'égalité des entrepreneurs devant la commande publique, dans un système qui imposerait à tous le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, alors que des contraintes économiques ou techniques n'offrent pas à tous les entrepreneurs la même familiarité avec ces technologies nouvelles (D. De Roy, « L'adaptation du droit des marchés publics aux nouvelles technologies : quelques repères », *Entr. et dr.*, 2003, p. 352).

9. — Une équivalence « asymétrique ». — Bien qu'apparemment assurée par la législation relative aux marchés publics, l'équivalence entre les différents supports d'information (et les différents moyens de communication) n'en est pas moins asymétrique, ainsi qu'en témoignent trois indices : avant tout, les demandes de participation et les offres ne pourront être établies et/ou expédiées par des moyens électroniques que pour autant que la possibilité en ait été expressément prévue par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges (art. *81quater*, § 1^{er}, al. 2); par ailleurs, les échanges survenant entre le pouvoir adjudicateur et le candidat (ou le soumissionnaire) après la réception de demandes de participation ou des offres ne pourront être assurés par des moyens électroniques que pour autant que les parties en aient préalablement convenu (art. *81quater*, § 1^{er}, al. 4). Enfin, les pouvoirs adjudicateurs ne pourront, en aucune manière, imposer le recours aux seuls moyens électroniques (art. *81quater*, § 1^{er}, al. 1^{er}) (16).

Par ce système révèle moins la consécration d'une liberté de choix que l'ouverture aux moyens électroniques doublée d'un attachement indéfectible aux supports traditionnels. Cette conception asymétrique traduit la crainte (fondée, ou non) qu'éveille la perspective du passage aux procédures dématérialisées : le saut vers l'inconnu...

10. — Le recours aux moyens électroniques : distinction selon les actes concernés. —

Comme on a pu le suggérer ci-dessus (17), la faculté d'opter pour l'utilisation de moyens électroniques s'exercera différemment selon les actes ou écrits concernés : s'agissant des demandes de participation et des offres, elle résultera d'une décision préalable (et à portée générale) du pouvoir adjudicateur (art. *81quater*, § 1^{er}, al. 2); en ce qui concerne les autres écrits, susceptibles d'être échangés en cours de procédure (18), le recours aux moyens électroniques pourra être envisagé si les parties en ont convenu selon des modalités précisées à l'article *81quater*, § 1^{er}, alinéa 4 (19); il s'agit donc d'une faculté ménagée individuellement.

Une telle distinction selon les actes concernés permet donc de recourir aux moyens électroniques uniquement avec certains candidats ou soumissionnaires, voire avec le seul soumissionnaire dont l'offre a été retenue (20), alors

(16) A tout le moins jusqu'à l'expiration du délai de transposition des directives européennes 2004/17/C.E. et 2004/18/C.E. précitées (soit le 31 janvier 2006), qui semblent reconnaître aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de recourir exclusivement aux moyens électroniques (directive 2004/17/C.E., art. 48; directive 2004/18/C.E., art. 42). La conformité du système belge aux directives européennes devra, à cet égard, être évaluée.

(17) N° 9.

(18) Dans le cadre d'une vérification des prix anormalement bas, par exemple.

(19) « L'accord doit être consigné par écrit et il ne peut être déduit du fait qu'une partie a établi et/ou envoyé un document par ces moyens qu'elle a marqué son accord sur l'utilisation de ceux-ci. Cet accord doit porter sur les outils à utiliser et doit préciser les adresses électroniques auxquelles les documents envoyés par ces moyens peuvent être notifiés ».

(20) Hypothèse où l'accord visé à l'article *81quater*, § 1^{er}, alinéa 4 ne porterait que sur les échanges survenant après notification de l'approbation de l'offre.

que cette possibilité aurait été exclue à un stade précédent. Cette distinction repose probablement sur le souci de tirer le meilleur parti de l'usage des moyens électroniques à un moment de la procédure où il est plus commode, tout en évitant les contraintes et difficultés (plus importantes, par hypothèses) durant la (les) phase(s) de réception des candidatures et des offres (21).

11. — Cette faculté de recours « sélectif » aux moyens électroniques fait toutefois surgir une question à laquelle les dispositions concernées n'apportent pas de réponse explicite. Le soumissionnaire qui — ayant usé de la faculté qui lui était laissée d'adresser son offre par des moyens électroniques — souhaite continuer à dialoguer avec le pouvoir adjudicateur par ces mêmes voies, doit-il ultérieurement (22) obtenir un accord du pouvoir adjudicateur? Le formalisme auquel est subordonnée la reconnaissance d'effets juridiques propres à ces échanges électroniques (nécessité d'un accord écrit précisant certaines modalités) (23) nous incite à répondre par l'affirmative, même si cette solution n'est sans doute pas la plus pratique.

12. — Le recours aux moyens électroniques : un choix réversible. — La circonstance que le pouvoir adjudicateur n'ait pas admis la réception des demandes de participation ou des offres par des moyens électroniques ne fait donc pas obstacle à ce que, pour des échanges ultérieurs, ces moyens puissent être utilisés : son choix initial n'est pas irréversible. Il ne le sera pas davantage en sens inverse : même si ce cas de figure paraît peu probable (24), on peut imaginer que le pouvoir adjudicateur ait accepté l'envoi d'offres par des moyens électroniques, mais souhaite n'utiliser que l'écrit et les moyens de communication traditionnels pour dialoguer ultérieurement avec les soumissionnaires.

13. — Par ailleurs, il se conçoit aisément que, dans les procédures restreintes, le pouvoir adjudicateur puisse s'opposer à l'envoi des candidatures par des moyens électroniques, tout en admettant ce mode de communication pour le dépôt des offres; l'inverse est tout aussi envisageable.

14. — Offres ou demandes de participation mixtes. — L'article *81quater*, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose, en sa première phrase, que « des demandes de participation ou des offres peuvent être établies partiellement par des moyens électroniques et partiellement sur un support papier ». Cette latitude s'impose notamment lorsque certains éléments constitutifs ne pourraient, en aucun cas, être transmis par voie électronique (25). Elle revêt, par ailleurs, une importance particulière dans un contexte où s'agissant des demandes de participation adressées

(21) Cf. *Rapport au Roi*.

(22) A savoir après la réception de son offre.

(23) Cf. ci-dessus, note 19.

(24) Dès lors que les échanges faisant suite à la réception des offres sont sans doute moins délicats et que le pouvoir adjudicateur qui avait admis, dans un premier temps, la dématérialisation du dépôt d'offres ne reviendra probablement pas sur ce choix initial.

(25) Tel serait, par exemple, le cas d'échantillons.

en vue de la sélection qualitative, le défaut d'interopérabilité des systèmes d'informations entre administrations publiques contraint le candidat à produire des attestations en matière fiscale ou sociale, dont il ne dispose que sur support papier. En ce sens, rejeter des procédés de communication « mixtes » aurait inévitablement voué à l'échec tout processus de dématérialisation.

15. — La possibilité d'effectuer des envois mixtes conduira inévitablement à se demander si une offre (26) peut être expédiée simultanément par des voies traditionnelles (courrier postal ou porteur) et par des moyens électroniques. La lecture de l'arrêté royal du 18 février 2004 laisse incertaine la réponse à cette question. Il est évident que l'utilisation de plusieurs moyens de communication simultanément (ou successivement) ne peut aboutir à ce qu'une offre irrégulière soit ainsi régularisée sans que son auteur ait préalablement procédé à son retrait (27) ou, plus généralement, à ce que l'égalité entre entrepreneurs soit compromise. Pour le surplus, rien n'exclut automatiquement que deux offres ou candidatures rigoureusement identiques soient adressées par des moyens de communication différents.

16. — **L'hypothèse de la procédure négociée sans publicité préalable.** — L'insertion d'un alinéa 5 nouveau dans l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (28) assortit l'application du titre IIIbis d'une limite importante : les dispositions de celui-ci ne sont pas applicables aux marchés passés par procédure négociée sans publicité préalable. A première vue, cette limitation relève du bon sens : les exigences édictées par ces dispositions (29) relèvent d'un formalisme inhérent à la validité des actes posés dans le cadre d'une procédure « formalisée » de mise en concurrence. Ce formalisme n'est pas de mise dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable. Les exigences qui s'y rapportent n'ont donc pas à être rencontrées.

17. — Cet assouplissement du régime de la procédure négociée « dématérialisée » est toutefois sérieusement contrarié par la limitation importante des cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourront en bénéficier : ces limites conduisent finalement à ne plus réserver le bénéfice d'une passation électronique assouplie qu'aux seuls marchés susceptibles d'être constatés sur facture (30).

Outre qu'elle aboutit à encombrer la procédure négociée sans publicité préalable d'un formalisme qui, par essence, ne lui convient pas, cette adaptation de l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 repose sur une interprétation inadéquate de l'objet et de la portée des règles inscrites respectivement aux articles 81ter et 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 : là où l'article 81ter impose des obligations dont le respect conditionne

non seulement l'effectivité d'une mise en concurrence formalisée, mais aussi — et avant tout — la validité des actes concourant à la formation du contrat, l'article 122 ne vise quant à lui que les seuls modes de preuve de la conclusion d'un marché par procédure négociée sans publicité préalable. Si les modes de constatation d'un marché « négocié » doivent pouvoir être adaptés à un marché passé dans un environnement dématérialisé, la formation de ce marché ne requiert pas — pour autant — le respect d'exigences de validité qui ne se conçoivent qu'au service de l'idéal de mise en concurrence sous-jacent aux procédures d'adjudication et d'appel d'offres (31). C'est pourtant à une telle dérive que mène l'adaptation de l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

LES CONDITIONS DU RECOURS AUX MOYENS ÉLECTRONIQUES

18. — Outre les décisions et accords de principe qu'appelle préalablement le recours aux moyens électroniques (32), celui-ci est subordonné au respect d'exigences qu'énumère le nouvel article 81ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (33). Ces exigences relèvent de deux ordres : l'une a trait à l'usage de la signature électronique (art. 81ter, 1^{er}); les autres sont propres au formalisme inhérent à la passation des marchés publics (art. 81ter, 2^o à 10^o). Enfin, l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics détermine les conditions du recours aux moyens électroniques pour la conduite des procédures liées à l'exécution des marchés.

A. — La signature électronique (34)

19. — Tout écrit établi par des moyens électroniques et envoyé, le cas échéant, par ces moyens doit être assorti de la signature électronique de son auteur (35). Le procédé tech-

nique permettant de signer par des moyens électroniques doit être conforme aux règles du droit communautaire et du droit national relatives à la *signature électronique avancée accompagnée d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature* (ci-après désignée « signature électronique qualifiée »). En d'autres termes, le dispositif de signature utilisé doit afficher les caractéristiques de cette signature électronique qualifiée, qu'énonce la législation relative au cadre juridique des signatures électroniques (36). Dès lors qu'elles seront rencontrées, ces caractéristiques garantiront que la signature électronique remplit les fonctions principales qui lui sont assignées, à savoir l'identification du titulaire de cette signature (37) et la vérification de l'intégrité des données auxquelles elle est associée.

20. — A l'heure actuelle, le procédé répondant le plus adéquatement à ces exigences est celui de la signature digitale (ou numérique) à cryptographie asymétrique (ou à clé publique). Pour (tenter de) faire simple, ses modalités de fonctionnement peuvent être brièvement décrites comme suit (38) : l'expéditeur d'un message va adresser celui-ci sous deux formes : dans une version lisible, d'une part; dans une version cryptée, d'autre part. La version cryptée résulte de la transformation du message lisible par l'expéditeur, en y appliquant une fonction mathématique connue de lui seul (*clé privée*). Cette version cryptée représente la signature du message. Après avoir reçu les deux versions, le destinataire décryptera le message, en y appliquant une fonction mathématique « associée » à la clé privée de l'expéditeur, mais qui — au contraire de cette dernière — est accessible à tous (*clé publique*). A raison des liens nécessaires entre la clé publique, la clé privée et leur titulaire, l'authenticité du message pourra être garantie (39), tant en ce qui concerne l'identité de son auteur que l'adhésion de celui-ci au contenu; par ailleurs, compte tenu de ce que la signature électronique est associée au contenu de

royal du 8 janvier 1996, cette obligation paraît évidente, dès lors que l'arrêté royal ne distingue nullement entre les actes et documents, selon qu'ils doivent, ou non, être signés.

(36) On notera que la fonction d'identification du titulaire d'une signature est généralement associée à celle de vérification de l'adhésion du signataire au contenu de l'acte signé. Ces deux fonctions sont alors associées en un vocable plus général de fonction de « vérification d'authenticité » (L. Guinotte, *op. cit.*, p. 555).

(37) Caractéristiques qui ressortent de la lecture conjointe des articles 2 et 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (M.B., 29 sept. 2001). Par ces dispositions, est assurée la transposition de celles contenues aux articles 2 et 5 de la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (J.O.C.E., 19 janv. 2000, L13/12).

(38) Pour une description de la technique de cryptographie asymétrique, cf. notam., L. Guinotte, *op. cit.*, pp. 555-556; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », D.A.O.R., n° 53, 2000, pp. 17-39. spéc. n°s 15 et 22.

(39) Dès lors qu'aura été constatée l'identité rigoureuse entre la version lisible et la version « décryptée » à l'aide de la clé publique.

(26) Ou un acte de candidature.

(27) Articles 105 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et 93 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(28) Arrêté royal du 10 janvier 1996, article 110.

(29) Particulièrement l'article 81ter.

(30) A savoir les marchés dont le montant à approuver ne dépasse pas 5.500 € hors t.v.a. (A.R., 8 janv. 1996, art. 122, al. 1^{er}, 1^o; A.R., 10 janv. 1996, art. 110, al. 1^{er}, 1^o).

(31) Et, dans une certaine mesure, à la procédure négociée avec publicité préalable.

(32) Cf. ci-dessus, n° 10.

(33) Article 66ter de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(34) Faute de pouvoir présenter, même succinctement, les différents aspects techniques, fonctionnels et juridiques de la signature électronique, de même que les services et autorités de certification, nous renverrons le lecteur à l'importante littérature consacrée à la question. Cf. notam., D. Gobert, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *La preuve*, Liège, Formation permanente C.U.P., 2002, pp. 83-172; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », D.A.O.R., n° 53, 2000, pp. 17-39; L. Guinotte, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, pp. 553-561; E. Montero, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *La preuve*, pp. 41-82.

(35) Bien qu'elle ne soit pas expressément édictée par l'une des dispositions du titre IIIbis de l'arrêté

l'écrit (40), l'intégrité de ce contenu pourra être garantie grâce à un mode particulier de comparaison entre le message « signé » et le message « clair », envoyés simultanément (41).

21. — On relèvera que la technique de « cryptographie asymétrique » peut être utilisée à d'autres fins que la seule signature; ainsi remplira-t-elle, par exemple, des fonctions de sauvegarde de la confidentialité d'un document (42) ou d'horodatage d'un document (43), fonctions que l'article 81ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 impose d'assurer, au titre des garanties qu'appelle une mise en concurrence effective (44).

B. — Exigences propres à la passation des marchés publics

22. — Les autres exigences sont inspirées par des préoccupations familières aux praticiens de la commande publique, et que l'usage des moyens électroniques conduit à affirmer en termes spécifiques : ces préoccupations touchent, d'une part, à la confidentialité des demandes de participation et des offres (art. 81ter, 4^o-8^o) (45) et, d'autre part, aux conditions d'une réelle mise en concurrence; cette mise en concurrence requiert que les dates de réception des demandes de participation ou offres puissent être confrontées, dans la transparence, aux échéances imposées par le pouvoir adjudicateur (art. 81ter, 2^o); que les moyens techniques utilisés ne soient pas discriminatoires (art. 81ter, 9^o) (46); enfin, qu'une offre qui — infectée par un virus — serait considérée comme irrégulière ne soit pas régularisée, alors que cette possibilité de régularisation ne serait pas offerte pour d'autres chefs d'irrégularités (art. 81ter, 10^o) (47).

23. — De manière générale, on observera qu'en édictant les exigences auxquelles doit satisfaire le recours aux moyens électroniques, l'article 81ter s'est borné à détailler une

série de garanties que doivent présenter les procédures électroniques, laissant aux parties concernées (pouvoirs adjudicateurs, candidats et soumissionnaires) (48) le choix des moyens grâce auxquels ces garanties pourront être rencontrées. Sans doute inévitable (49), cette manière de procéder imposera aux pouvoirs adjudicateurs de nouveaux défis dans ce choix des modes de mise en œuvre des procédures dématérialisées; elle sera également sans doute à la source de nouveaux contentieux (50); enfin, elle provoquera inévitablement une importante disparité dans les pratiques des différents pouvoirs adjudicateurs, disparité probablement déconcertante pour les candidats à l'obtention de marchés publics. C'est assurément pour obvier à de tels inconvénients que le *Rapport au Roi* recommande au secrétaire d'Etat à l'informatisation de l'Etat de définir les lignes de conduite dont pourraient utilement tirer profit les différents pouvoirs adjudicateurs dans la réalisation des objectifs définis par l'article 81ter.

C. — Exécution des marchés publics et procédures dématérialisées

24. — Les procédures liées à l'exécution des marchés n'exigent pas toutes les garanties que doit offrir leur passation. Il est donc naturel que certaines des conditions auxquelles doit se conformer la passation électronique des marchés ne soient pas imposées pour la conduite des procédures liées à leur exécution. Telle est la raison pour laquelle les articles 3bis-3quater nouveaux de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 n'énoncent que quelques exigences minimales : convention préalable entre les parties sur l'utilisation des moyens électroniques; utilisation d'une signature électronique « qualifiée »; dispositif de détection et d'archivage de l'écrit infecté par un virus. Ces dispositions ne reproduisent donc pas la maladresse déplorée à propos de la procédure négociée sans publicité préalable (51).

(48) Aux termes de l'article 81ter, dernier alinéa, « les conditions prévues aux 1^o à 3^o et 10^o s'appliquent aux candidats, aux soumissionnaires et au pouvoir adjudicateur et celles prévues aux 4^o à 9^o s'appliquent au pouvoir adjudicateur pour demandes de participation et offres ».

(49) Les évolutions technologiques rapides et incessantes auraient inévitablement pour effet de condamner à l'obsolescence un texte prétendant définir en termes très précis les moyens techniques susceptibles de rencontrer les caractéristiques que doivent garantir les procédures dématérialisées. Cf. D. De Roy, « L'adaptation du droit des marchés publics... », p. 357; *idem*, « La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles », *Entr. et dr.*, 2001, p. 330; *idem*, « Les marchés publics informatiques », *Droit de l'informatique et des technologies de l'information - Chronique de jurisprudence (1995-2001)*, sous la direction de Y. Pouillet, Bruxelles, 2003, n° 199, p. 198. Sur l'inefficacité de certaines législations à couvrir de manière générale et abstraite tous les aspects des enjeux qu'elle a vocation à régler, cf. D. De Roy et R. Queck, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition - Vers un "droit de la régulation" ? », *J.T.*, 2003, n° 12, pp. 555-556.

(50) D. De Roy, « Les marchés publics informatiques... », cf. note précédente.

(51) Cf. ci-dessus, n° 17.

D. — Questions diverses

25. — **Le traitement des offres infectées par un virus.** — Parmi les conditions au respect desquelles est subordonné le recours aux moyens électroniques, l'article 81ter, 10^o, dispose que ceux-ci devront garantir que l'écrit éventuellement infecté par un virus devra, sans être lu, pouvoir faire l'objet d'un archivage de sécurité. Cette disposition vise à déterminer le sort qui doit être réservé à ces documents infectés. Sans revenir longuement sur les réserves qu'inspire ce mode de traitement des documents infectés (52), nous nous bornerons à relever qu'il n'est pas possible, à la lecture de cette disposition, de déterminer si la demande de participation ou l'offre infectée par un virus sera nécessairement considérée comme irrégulière et, partant, rejetée, ou si le pouvoir adjudicateur dispose, en la matière, d'une marge d'appréciation discrétionnaire; les considérations émises à ce propos dans le *Rapport au Roi* ne permettent pas davantage de privilégier l'une ou l'autre de ces interprétations.

26. — Utilisation des moyens électroniques et confirmation par lettre (recommandée).

— Dès avant sa modification par l'arrêté royal du 18 février 2004, l'arrêté royal du 8 janvier 1996 admettait, en plusieurs de ses dispositions, que certains envois puissent être effectués par télex, ou par télécopieur, sous la réserve d'une confirmation ultérieure par courrier ordinaire ou lettre recommandée. L'article 81quater, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 étend assez naturellement cette gamme de modes de communication aux moyens électroniques; il précise en outre que si les parties ont préalablement convenu de recourir à ces moyens (53) et si ceux-ci sont conformes aux exigences inscrites à l'article 81ter (utilisation d'une signature électronique qualifiée) (54), les envois par moyens électroniques ne devront pas être confirmés par lettre ou par recommandé et pourront même se substituer au recommandé, à charge pour la personne qui effectue l'envoi d'en prouver la date (55). Si ces dispositions méritent d'être approuvées (56), leur application n'ira peut-être pas sans difficultés, eu égard aux incertitudes que laissent subsister certains textes. Ainsi, par exemple, l'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui régit la notification de l'approbation de son offre au soumissionnaire choisi, a été modifié de manière à admettre les moyens électroniques au nombre des modes de communication qui peuvent suppléer le recommandé « en cas de nécessité ». L'obligation de confirmer, par lettre recommandée, la teneur de la notification a été maintenue, alors que les dispositions précitées de l'article 81quater commandaient — dans un souci de cohérence — de modifier ex-

(52) D. De Roy, « L'adaptation du droit des marchés publics... », pp. 355-359.

(53) Selon les modalités inscrites à l'article 81quater, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (cf. ci-dessus, n° 10 et note 19).

(54) Cf. ci-dessus, n° 19.

(55) Ici encore surgissent donc des exigences relatives à l'horodatage des envois.

(56) Ne pas reconnaître de plein effet au document assorti d'une signature électronique qualifiée eût manifestement fait perdre tout intérêt à la perspective de dématérialisation que trace l'arrêté royal du 18 février 2004.

(40) Puisqu'elle résulte de l'application d'une fonction au contenu du document.

(41) Cette comparaison est assurée par une fonction dite « de hachage »; pour une description du *modus operandi* de cette fonction, cf. L. Guinotte, *op. cit.*, p. 555; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques... », pp. 23-24, n° 22.

(42) L. Guinotte, *op. cit.*, p. 556; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques... », *D.A. O.R.*, n° 53, 2000, p. 21, n° 15.

(43) Sur ce que l'horodatage d'un envoi peut être assuré par le recours à la cryptographie asymétrique, cf. M. Demoulin, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 44-46 (*Cah. du C.R.I.D.*, n° 23).

(44) Cf. ci-dessus, n° 22.

(45) Confidentialité qui, tantôt, constituera le gage d'une concurrence effective, tantôt sera commandée par l'aspiration au respect d'un « secret des affaires ».

(46) D. De Roy, « L'adaptation du droit des marchés publics... », *Entr. et dr.*, pp. 352-353.

(47) Sur les critiques qu'inspire le traitement des offres infectées par un virus, cf. ci-dessus, n° 25.

plicitement cette exigence, à tout le moins en ce qui concerne l'utilisation de moyens électroniques.

27. — Protection de la vie privée. — L'article 81quinquies nouveau de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (57) dispose que « par le seul fait de déposer sa demande de participation ou de remettre une offre totalement ou partiellement par les moyens électroniques, le candidat ou le soumissionnaire accepte que les données découlant du fonctionnement du dispositif de réception de sa demande de participation ou de son offre soient enregistrées ». A en croire le *Rapport au Roi*, pareille disposition permet d'assurer la conformité de l'enregistrement de telles données aux dispositions légales applicables en la matière (58). Sans s'attarder sur la question, on se demandera toutefois si cette disposition suffit à rencontrer les objectifs qui lui sont assignés : il n'est, en effet, pas certain que le consentement exprimé par le candidat ou le soumissionnaire (généralement une personne morale) produise des effets à l'égard des personnes physiques à l'intervention desquelles cette personne morale agit, et qui sont souvent parties à des communications ou échanges avec le pouvoir adjudicateur.

ADAPTATION DE QUELQUES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES AUX PROCÉDURES DÉMATÉRIALISÉES

28. — Signature de l'offre établie par une personne morale. — Jusqu'à présent, lorsqu'une offre était établie au nom d'une personne morale, l'exigence de signature de cette offre ne pouvait être rencontrée qu'à l'intervention d'un des organes (personne(s) physique(s)) de cette personne morale. Cette intervention imposait un détour par les enseignements relatifs au mandat (dont la technique de représentation des personnes morales constitue une des applications).

La consécration légale de la signature électronique s'est notamment traduite par la reconnaissance d'effets juridiques à la signature électronique apposée par une personne morale (59). Cette révolution autorise une dispense des formalités permettant d'attester des pouvoirs d'un mandataire; telle est la justification d'un troisième alinéa, inséré à l'article 94 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (60)(61).

(57) Article 66quinquies nouveau de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(58) Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel; loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, article 109ter.

(59) Sur cette question, cf. B. Vanbrabant, « La signature électronique des personnes morales », *La preuve*, Liège, 2002, pp. 173-228 (Formation permanente C.U.P., vol. 54).

(60) Article 82 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(61) L'attribution d'un certificat au nom d'une personne morale (lui permettant, en quelque sorte, de « signer » ses documents) constitue — à notre estime — la seule justification de l'alinéa 3 nouveau. Il est, par contre, douteux, que l'économie du détour par les

29. — Offre « raturée » - Offre corrigée. — Ainsi que le lecteur aura pu le constater, la signature électronique fait corps avec le document sur lequel elle est apposée. Résultat de l'application d'une fonction algorithmique, elle sera nécessairement influencée par le contenu de ce document et par les modifications qui — le cas échéant — affecteront celui-ci.

S'agissant des « ratures, surcharges et mentions modificatives ou complémentaires », la signature dont elles devaient être accompagnées permettait au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que l'auteur de l'offre y avait effectivement consenti; dès lors que les éventuelles modifications altèrent l'offre établie sur support électronique seront nécessairement reflétées par la signature du document, la formalité visée à l'article 89, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (62) n'est plus indiquée pour cette catégorie d'offres.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut, en certaines circonstances, apporter des modifications ou corrections à l'offre. Si celle-ci est établie sur support électronique, les modifications pourraient ne pas être visibles, à tout le moins « au premier coup d'œil ». De manière à pouvoir préciser l'origine et la portée des modifications ainsi subies par l'offre après son ouverture, les articles 111, 112 et 114 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (63) ont été modifiés, par l'insertion, dans chacun d'entre eux, d'une disposition imposant une triple obligation au pouvoir adjudicateur : celui-ci doit assortir les modifications apportées à l'offre d'une signature conforme aux exigences énoncées à l'article 81ter; il est tenu de faire en sorte que ces modifications soient identifiables; il lui incombe, enfin, de conserver une version originale de l'offre.

30. — Envoi, retrait et ouverture des offres. — Les dispositions des articles 104 à 106 et 108 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (64), régissant les modalités d'envoi, de retrait éventuel et d'ouverture des offres, devaient être adaptées à l'utilisation des moyens de communications électroniques, ainsi qu'à l'hypothèse où une offre, bien qu'envoyée ou remise par lettre ou par porteur, a été établie sur support électronique (65). Les adaptations dont ont fait l'objet ces dispositions n'appellent pas de commentaire particulier dans le cadre de cette très brève analyse.

31. — Notification du choix de l'adjudicataire. — L'article 117 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est adapté de manière à viser les moyens électroniques (l'e-mail, en l'occurrence) au nombre des modes de communication par lesquels le choix de l'adjudicataire

règles relatives au mandat tiennent aux vérifications incombant, selon les cas, à l'autorité de certification ou au destinataire de la signature (le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence); les hésitations qui subsistent en la matière interdisent d'être aussi catégorique que ne semble y autoriser le *Rapport au Roi*. Sur les questions que suscitent ces obligations de vérification, cf. B. Vanbrabant, *op. cit.*, pp. 207-210 et 225-226.

(62) Article 77 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.
(63) Articles 99, 100 et 102 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(64) Articles 92 à 94 et 96 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(65) Tel sera, par ex., le cas du CD-Rom glissé sous pli scellé.

peut être notifié en cas de nécessité, c'est-à-dire si la situation ne peut s'accommoder d'une lettre recommandée à la poste. Nous renverrons aux observations précédemment formulées à cet égard (66).

MARCHÉS PUBLICS EN LIGNE : DU DROIT À LA PRATIQUE

32. — Jetant les bases du régime juridique des procédures dématérialisées, l'arrêté royal du 18 février 2004 contribue assurément à la dématérialisation « en droit » des procédures liées aux marchés publics. L'entrée en vigueur de cet arrêté et des modifications qu'il apporte aux dispositions actuellement applicables suffira-t-elle à assurer « en fait » cette évolution vers l'e-procurement?

Outre que la perspective de dématérialisation requiert la mise au point et la maîtrise de dispositifs techniques et de procédures répondant aux exigences réglementaires (67), il importe de noter dès maintenant que la transition vers l'e-procurement ne peut raisonnablement se concevoir sans que soient comblées certaines lacunes. Celles-ci relèvent principalement de trois ordres.

33. — Avant tout, on observera que — telle qu'applicable après les modifications résultant de l'adoption de l'arrêté royal du 18 février 2004 — la législation relative aux marchés publics ne couvre pas tous les aspects inhérents à la passation électronique des marchés publics. Ainsi, de nombreuses questions relatives à la publicité préalable ne semblent pas avoir retenu l'attention jusqu'à présent (68).

34. — Ensuite, à supposer que les échanges entre entrepreneurs et pouvoirs adjudicateurs puissent être dématérialisés, ce recours au N.T.I.C. ne sera pleinement profitable, particulièrement aux pouvoirs adjudicateurs, que si les procédures menées au sein des pouvoirs adjudicateurs (69) peuvent elles-mêmes être

(66) Cf. ci-dessus, n° 26.

(67) Notamment celles qu'édictent l'article 81ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et les dispositions correspondantes des autres arrêtés royaux.

(68) Cette lacune s'explique sans doute par le fait que la dématérialisation de la publicité préalable apparaît en quelque sorte étrangère à la législation relative aux marchés publics : elle s'est imposée dans un cadre plus large que celui des commandes publiques, à l'occasion de la suppression de la version « papier » du *Moniteur belge*, suppression dont les modalités ont été récemment remises en cause par la Cour d'arbitrage (arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004). Cela étant, la diffusion de la publicité préalable aux marchés dans un environnement dématérialisé fait surgir certaines questions auxquelles ne peuvent apporter de réponse satisfaisante les seules dispositions régissant la publication du *Moniteur belge*; ainsi en est-il, par exemple, de la mise à disposition, par des moyens électroniques, des documents relatifs aux marchés (pour la situation en France, cf., à titre de comparaison, L. Bodin, « La dématérialisation des procédures », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 2356-2358; A. Domanico et G. Lame, *op. cit.*, pp. 42-44).

(69) Que ce soient, par exemple, les procédures menant au choix d'une offre ou celles conduites dans le cadre des paiements.

dématérialisées. Cela suppose que les diverses législations encadrant le fonctionnement des pouvoirs adjudicateurs (70) soient compatibles avec le recours aux « téléprocédures » ou soient adaptées en ce sens (71).

35. — Enfin, les attentes que fait naître la perspective de dématérialisation (72) ne pourront être satisfaites que pour autant que soit généralisé le recours aux moyens électroniques, exigence qui ne sera sans doute pas rencontrée tant que n'auront pas été efficacement traitées certaines contraintes pratiques (73) ou objections de principe (74).

36. — L'identification de quelques obstacles susceptibles de compromettre (ou, à tout le moins, de freiner) l'évolution effective vers une dématérialisation des procédures pourrait inciter à soumettre cette réforme de notre législation relative aux marchés publics à un regard dubitatif. On se gardera cependant de porter, à cet égard, des appréciations trop hâtives. L'analyse doit, en effet, être envisagée au regard des objectifs assignés à cette réforme. Ou bien, la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics constitue en soi un objectif à atteindre à raison des vertus qui lui sont (à tort ou à raison) prêtées; dans ce cas, l'adoption de l'arrêté royal du 18 février 2004 constituait une étape nécessaire, mais sans doute insuffisante. Ou bien, l'introduction des moyens électroniques dans les procédures de passation de marchés ne vise qu'à assurer la reconnaissance et la coexistence de deux formes d'écrits, sans tendre, par ailleurs, à révolutionner les procédures; le projet d'arrêté royal permet alors d'enregistrer un progrès encourageant, si, dans la pratique, l'occasion de recourir à ces moyens électroniques est effectivement offerte aux candidats, soumissionnaires et adjudicataires.

David DE ROY

*Référendaire près la Cour de cassation
Chercheur à la Faculté de droit des F.U.N.D.P.
(Centre de recherches informatique et droit)*